

Procedimiento extrajudicial hipotecario (III): Del presupuesto de la inscripción registral del acreedor ejecutante como título legitimador para incoar y seguir los procedimientos hipotecarios y de otras consideraciones

por

MARTA MOLINS GARCÍA-ATANCE

Notario

y

GALO ALFONSO ORIA DE RUEDA ELÍA

Notario

SUMARIO

SOBRE LA LIBERTAD DE FORMA.

SOBRE LOS CRÉDITOS DOCUMENTADOS EN FORMAS PRIVADAS Y SUS
CESIONES.

SOBRE LOS CRÉDITOS DOCUMENTADOS EN FORMA PÚBLICA.

SOBRE LOS CRÉDITOS HIPOTECARIOS.

REFERENCIA AL AUTO NÚMERO 133/2012 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL
DE CASTELLÓN, SECCIÓN TERCERA.

UNA REFERENCIA A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA EURO-
PEO DE 14-6-2012.

COROLARIO.

El presente artículo, desarrollado al hilo del Auto número 133/2012 de la Audiencia Provincial de Castellón, versa sobre la cuestión de la necesaria concurrencia del requisito procesal de la inscripción registral de la titularidad del acreedor-cesionario hipotecario al efecto de poder instar uno cualesquiera de los procedimientos de ejecución hipotecaria. A este fin y, con carácter previo, para una mejor comprensión de la materia resultará oportuno en esta sede relacionar la figura de la cesión de créditos (arts. 1526 y sigs. del CC), con la extinción del crédito por pago (art. 1156 y concordantes del CC), y con la incidencia que sobre las instituciones anteriores, en relación a sus efectos, tiene la elección de la forma pública en la documentación del crédito o del negocio de su cesión (arts. 1218 y concordantes del CC), y con las notificaciones (cuestión esta última propia de la normativa notarial y civil-procesal).

SOBRE LA LIBERTAD DE FORMA

En principio, la cesión de créditos, como negocio jurídico que es, está acogida en nuestro Derecho patrio al principio general de libertad de forma proclamado en el artículo 1278 del Código Civil (CC), por lo que la cesión será válida y obligará cualquiera que fuere la forma en que se hubiere convenido. Esta afirmación, sin embargo, no obsta a que la concreta forma revestida por el negocio de cesión sea relevante.

SOBRE LOS CRÉDITOS DOCUMENTADOS EN FORMAS PRIVADAS Y SUS CESIONES

Respecto de los créditos y de los negocios jurídicos de cesión de los mismos, documentados en formas privadas, no hay especialidades. Conviene sí, dejar claro desde el principio, que en materia de extinción de obligaciones por pago, la buena fe del deudor se revelará siempre como un elemento decisivo. El efecto extintivo de la obligación dependerá de que el pago se haya hecho a la persona en cuyo favor estuviese constituida la obligación (art. 1162 CC), o de que se hubiere hecho con buena fe al que estuviere en posesión del crédito, lo que parece que se refiere a estar en posesión de los títulos de pertenencia (arts. 1164 y 1464 del CC), o de que se hubiere hecho con buena fe al primitivo acreedor, al desconocer el deudor la cesión del crédito efectuada (art. 1527 CC).

Respecto del conocimiento de la cesión por el deudor, caso de que esta se convenga en forma privada entre titular-cedente y acreedor-cesionario, debemos preguntarnos sobre quién debe notificar la cesión al deudor cedido para que la recepción del pago sea suficiente a efectos liberatorios. Parece que deberá ser el cedente quien notifique la cesión, bastando al deudor-cedido cualquier forma

que le permita probar que aquella tuvo lugar. El negocio de cesión del crédito es *res inter alios acta* respecto del deudor cedido, y el documento privado que lo contenga, de por sí, carece de fehaciencia en cuanto a su contenido, por lo que la notificación que del mismo pudiere hacer el acreedor-cesionario, en principio, sería insuficiente, a no ser que estuviere en posesión del crédito y así lo acreditar; y dicha insuficiencia o riesgo del deudor se daría tanto si la notificación se realizare en forma pública como en forma privada, dado que no sería bastante para asegurar al deudor un pago liberatorio de la deuda, por la razón, aquí reiterada, de que el documento privado del negocio de cesión no goza de fe pública en el tráfico jurídico. Por otra parte, debe considerarse que el artículo 1280 del Código Civil, al regular la forma potestativa de los negocios al que las partes pueden compelerse recíprocamente a otorgar, no permite al acreedor-cesionario exigir del cedente la elevación a público del negocio de cesión de un crédito documentado privadamente, y la razón es que al no provenir la obligación negociada de título público, no cabría que el acreedor-cesionario se beneficiara de los efectos propios de la titulación notarial, al quedar al margen de los mismos la obligación privada contraída por el deudor-cedido; en suma, que este título, aún público, ni tendría efecto legitimador, ni tampoco ejecutivo para reclamar el pago del deudor (art. 1280.6.º CC) por razón de no tenerlos aquel del que trae causa. O sea, que si el acreedor carece de título ejecutivo frente al deudor, esa falta se comunicará al acreedor-cesionario, independientemente de la virtualidad de la forma cubierta por el negocio de cesión. En este supuesto de notificación de la cesión del crédito efectuada por el cesionario al deudor, el efecto extintivo de la obligación pagada por este último al acreedor-cesionario se produciría en la medida en que la cesión, eventualmente controvertida o negada por el cedente, fuera confirmada judicialmente, o caso de ser invalidada, en la medida en que el pago hubiere sido de utilidad al acreedor-cedente (art. 1163 CC).

SOBRE LOS CRÉDITOS DOCUMENTADOS EN FORMA PÚBLICA

El crédito documentado en forma pública añade a los documentados en forma privada el efecto de fehaciencia, esto es, de su credibilidad legal, por ello hace prueba, aún contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de este (art. 1218 CC). Tiene por tanto frente a tercero un plus, el efecto legitimador, porque en los términos circunscritos legalmente debe ser creído. La escritura pública constituye, a través de su copia con eficacia ejecutiva, un título con tal virtualidad para quien en aquella aparece como acreedor (art. 517.2-4.º CC), de donde se desprende que al cesionario le interesará la cesión del crédito en forma pública, forma cuyo otorgamiento podrá exigir del cedente (art. 1280.6.º CC) con el fin de: primero, obtener un título legitimador bastante para poder exigir del deudor un pago con seguros efectos

liberatorios para este último, porque lo pactado privadamente no tiene fuerza creíble bastante para el deudor por adolecer de efecto legitimador (art. 1230 CC); y segundo, para obtener un título ejecutivo a su favor. En este caso de cesión de crédito en forma pública la notificación de la cesión, puede ser hecha tanto por el cedente del crédito como por el acreedor-cesionario, porque el negocio de cesión, por sí, es fehaciente. La notificación al deudor deberá hacerse presentando al deudor la copia auténtica o fehaciente del título público de cesión, el cual, legalmente, es digno de crédito en sus pronunciamientos, o bien a través de la notificación notarial del contenido testimoniado de aquel (art. 1218 CC; 221 y 233 del RN). En estos supuestos el efecto extintivo de la obligación se producirá sólo si el pago se ha efectuado al acreedor cesionario.

SOBRE LOS CRÉDITOS HIPOTECARIOS

El artículo 1528 del Código Civil dispone que *«la venta o cesión de un crédito comprende la de todos los derechos accesorios, como... la hipoteca»*, y el artículo 1537 del Código Civil dispone, tras la regulación de la transmisión de créditos y demás derechos incorporales que, todo lo dispuesto en el título de la compra y venta, *«se entiende con sujeción a lo que respecto de bienes inmuebles se determina en la Ley Hipotecaria»*.

En materia de cesión de créditos con garantía hipotecaria, el artículo 149 de la LH dispone, por una parte, que *«el crédito o préstamo garantizado por hipoteca podrá cederse en todo o en parte de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1526 del Código Civil»*, precepto este último que establece respecto de la cesión de los créditos que *«...no surtirá efecto contra tercero sino desde que su fecha deba tenerse por cierta en conformidad a los artículos 1218 y 1227»*, y que *«si se refiere a un inmueble, desde la fecha de su inscripción en el Registro»*. Luego afirmado lo anterior, la cuestión consiste en dilucidar qué alcance debe darse al término «tercero». Y parece lógico que el término «tercero» comprenda a todos aquellos sujetos que, sin haber sido parte en el negocio jurídico de cesión, pudieran resultar «civilmente» perjudicados por la oponibilidad del mismo. Es decir, todos aquellos que no habiendo sido parte negocial de la cesión, caso de no establecerse una fecha cierta de oponibilidad de aquella, ajena a las meras declaraciones de las partes o extrínseca a sus exclusivas actuaciones, podrían quedar expuestos a perjuicios derivados del desconocimiento de la cesión. Ahora bien, la cuestión que surge en este punto, referida al deudor, es la resultante de considerar que él también es un tercero, cuando menos, en el sentido de que es ajeno o extraño al negocio de cesión del crédito en el que no ha intervenido, por lo que deberá gozar de tal consideración respecto de lo que le beneficie en cuanto la cesión no le sea oponible; pero además gozará de una protección civil específica, la propia de su condición de

deudor, en tanto que la falta de conocimiento bastante o suficiente de la cesión le ha de posibilitar un pago a su antiguo acreedor, el cedente, con efectos liberatorios, por más que la cesión ignorada fuera de fecha fehaciente anterior al tiempo de producirse el pago.

Y como por otra parte resulta que el préstamo o crédito hipotecario ha de concertarse en escritura pública, pues esta titulación es la precisa para el acceso al Registro de la Propiedad de las titularidades reales, y como la oponibilidad de la cesión de aquellos depende de los asientos de inscripción correspondientes, es por esto que el artículo 149 de la LH, tras la reforma operada por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, dispone, en lo que ahora interesa que: «*La cesión de la titularidad de la hipoteca que garantice un crédito o préstamo deberá hacerse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad*». Con la reforma expuesta se suprimió la referencia legal intercalada que exigía que de la escritura de cesión se diese conocimiento al deudor, aunque se mantuvo la mención reglamentaria, «*...del contrato de cesión de crédito hipotecario se dará conocimiento al deudor...*» (art. 242 RH). Ciertamente es que la escritura de cesión podía y puede convenirse válidamente y acceder al Registro sin la notificación al deudor de la cesión, lo que ocurre es que si esta no se ha efectuado debiendo hacerse, la ley responsabiliza al cedente «*...de los perjuicios que pueda sufrir el cesionario por consecuencia de esta falta*» (art. 151 LH) y si no consta inscrita o anotada permite al deudor, por aplicación del artículo 1527 del Código Civil, pagar al primitivo acreedor y obtener la cancelación de la hipoteca con el documento acreditativo del pago, aunque no lo hubiere consentido el acreedor-cesionario (art. 176 RH). Por lo que atañe a la notificación, esta debe ser suficiente, y tratándose de la cesión de un crédito hipotecario debe producirse «*por los medios establecidos en el artículo 222*», según dispone el artículo 242 del dicho Reglamento, siendo aquellos —según el precepto remitido— el judicial, «*en la forma establecida por la Ley de Enjuiciamiento Civil*», y el notarial, que se hará con «*las mismas formalidades en cuanto quepan dentro de su competencia y sean compatibles con su ministerio*». Por tanto, se trata de una notificación fehaciente de la cesión.

A propósito de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, antes citada, procede hacer ahora alguna reflexión. La Exposición de Motivos de su Preámbulo (punto VII), indica como una de sus finalidades la de «*facilitar el acceso al Registro de los títulos*» hipotecarios al efecto de lograr que las titularidades reales resultantes de los mismos «*queden bajo el amparo del régimen de publicidad y seguridad jurídica preventiva*». En consecución de tales objetivos, la norma precitada da nueva redacción entre otros a los artículos 12, 130 y 149 de la LH. Ahora bien, con relación al segundo de los objetivos perseguidos por la Ley 41/2007, el de la seguridad jurídica preventiva, parece que en vez de reforzarse, más bien se ha debilitado, pues dicha seguridad, para ser tal, debe escalonarse sobre la legalidad y esta resulta comprometida en el nuevo artículo duo-

décimo. Veamos. La acción hipotecaria presupone un doble elemento, el principal, crediticio o ejecutivo, y el accesorio, hipotecario o registral. En cuanto al elemento hipotecario, referente a lo publicado por el asiento de inscripción de hipoteca, la cuestión permanece invariada tras la reforma; verdad es que el artículo 130 de la LH en la redacción dada por la LEC (Disposición Final novena) decía que: *«El procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita y, dado su carácter constitutivo, sobre la base de los extremos contenidos en el asiento respectivo»*, y que tras la Ley 41/2007 se suprimió la referencia al carácter constitutivo de la inscripción, pero no es menos cierto que, dada la naturaleza propia de la acción hipotecaria, como luego veremos, se ha mantenido que ésta no tiene más contenido actuable que el amparado por *«aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo»* (art. 130 LH) y que, la inscripción del título —titularidad diríamos, pues este es el objeto y fin propio del Registro de la Propiedad al ser un registro de titularidades (art. 38 LH)— es requisito del válido establecimiento de la hipoteca (art. 145 LH). Pero en cuanto al elemento crediticio, y por lo que atañe al título ejecutivo, a la legalidad de su contenido y, por ende, a la de lo trasladado al asiento registral, se ha introducido una mutación trascendental a resultas de la cual la presunción de existencia, pertenencia y extensión de los derechos inscritos en los términos publicados por los asientos ya no puede predicarse sin más respecto de los hipotecarios, porque el notario no puede denegar su autorización en cuanto a las cláusulas ilegales de las minutas de las entidades financieras (art. 81 del RDL 1/2007, TR de la ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y STS de 20/05/2008, referente al control de legalidad notarial, y Ley 2/2009, de 31 de marzo, por contraposición a la primera citada, que no solo lo permite sino que lo impone para las empresas *distintas de las entidades de crédito* que de manera profesional concedan préstamos o créditos hipotecarios), y porque el registrador, habiendo calificado favorablemente las cláusulas de trascendencia real del título hipotecario, deberá, por imposición legal, hacer constar en el asiento *«las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras... a favor de las entidades a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo»*, lo que es tanto como decir que dichas cláusulas contractuales quedan excluidas del control de legalidad del registrador que, por contra, debería extenderse irrestricto a la validez de los actos dispositivos contenidos en los títulos (art. 18 LH) y que, a su vez, es fundamento de la presunción de legalidad de las titularidades (art. 38 LH). Y esto, lo expuesto, es asunto grave en la ejecución. Al fin y al cabo podríamos decir que la aludida reforma posibilita que cláusulas abusivas, carentes de carácter real y nulas de pleno derecho (art. 83.1 del RDL 1/2007, TRLGDCU), a excepción de aquellas cuya nulidad hubiera sido previamente declarada por sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación

(art. 84 TRLGDCU), cláusulas todas ellas prerredactadas por las entidades financieras en sus minutas, e impuestas al deudor en su perjuicio, podrán acceder al asiento registral y crear una falsa apariencia de legalidad, induciendo a confusión a todos los sujetos del tráfico jurídico y, de entre ellos, al mismísimo órgano ejecutante. Y esto mismo resulta posible en cuanto a las cláusulas escrituradas, según la normativa vigente. Permítasenos un ejemplo ordinario: el de la cláusula en la que el deudor hipotecante consiente que la entidad financiera pueda obtener cuantas copias ejecutivas quiera, y a su sola voluntad, de la escritura pública de préstamo o crédito hipotecario y, por tanto, sin sujetarse al procedimiento ni cumplir los requisitos y garantías procesales en favor del deudor legalmente exigidos por las leyes, los cuales son de orden imperativo. Una cláusula así motivó la resolución de la DGRN, de 20-5-1987, que la tachó de ininscribible, tanto por su ilegalidad, como por su falta de trascendencia real: *«Tampoco es posible, por su intrascendencia real y porque rebasa los límites conferidos a la autonomía de la voluntad, la inscripción de la cláusula... que faculta al acreedor para obtener por sí solo segunda copia de la escritura dotada de virtualidad ejecutiva; "...dada..." la imperatividad de los artículos 1429.1 —hoy 517.2.4.º— de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 18 de la Ley Notarial, que reclaman para la atribución de eficacia ejecutiva a la segunda copia, que su expedición haya sido consentida por todos los posibles afectados, y entre ellos, indudablemente, está el probable tercer poseedor que haya de soportar la ejecución hipotecaria»*. Ambas circunstancias, antes reseñadas, hacían que dicha cláusula fuera incompatible con las exigencias de la legitimación registral (art. 38 LH); y a la par, la consecuente denegación registral coadyuvaba a que un título no ejecutivo, por nulo, no pudiera dar lugar a una ejecución eventualmente nula (*nulla executio sine titulo*). De lo expuesto se desprende, a las claras, que el principio de legitimación registral ya no puede, ni debe, alcanzar al contenido íntegro del asiento y, desde luego, a toda aquella parte que haya sido eximida de la calificación registral. En suma, tras la reforma apuntada, asiento registral y legalidad se han disociado, lo que parece que antes, de facto, no era así, y de ahí que desconocer pronunciamientos del asiento registral exigiera, en todo caso, una declaración judicial previa (arts. 1.3 y 33 de la LH). Al final del artículo volveremos sobre una consecuencia de esta argumentación (para precisiones complementarias en la cuestión nos remitimos a nuestros artículos previos al presente: «ALGUNAS CONSIDERACIONES DOCTRINALES SOBRE EL PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL HIPOTECARIO» y «DE LA NATURALEZA DEL PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL HIPOTECARIO, DE ALGUNAS DE SUS CONSECUENCIAS Y DEL LANZAMIENTO»). Y en lo que respecta, y volviendo al primero de los aspectos antedichos, el de facilitar la publicidad de las titularidades hipotecarias, el párrafo primero del artículo 149 de la LH dispone taxativamente y de forma imperativa que *«el crédito o préstamo hipotecario podrá cederse...»* y que dicha

cesión «...deberá hacerse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad», lo que es concorde con la nueva redacción del artículo 130 de la LH que limita el ejercicio del procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados a la «realización de una hipoteca inscrita». El tenor legal parece claro. Mas como se da el caso de que algún acreedor ha pretendido utilizar el procedimiento de ejecución directa sin inscribir previamente su titularidad hipotecaria, es preciso preguntarse qué significa «hipoteca inscrita», o con más precisión, si esta expresión exige la inscripción registral de la titularidad del ejecutante. En principio, procesalmente diríamos, la actuación de cualquier contenido registral presupone la inscripción previa de la titularidad ejecutante, y ello por dos fundamentos: primero, porque dicha actuación procesal, por su carácter, exige el control previo registral de la legalidad de la adquisición del derecho que se actúa (art. 18 LH), lo que es a su vez consecuencia directa del efecto legitimador que deriva de la inscripción (art. 38 LH), pues en la medida en que el asiento publica una titularidad determinada correlativamente excluye la de los demás; y segundo, porque es consecuencia de la inoponibilidad de lo no inscrito, esto es, de las titularidades que no hayan accedido al Registro (art. 32 LH). Pero es que, además, la propia lógica de la institución registral así lo exige. Porque nos hallamos ante el ejercicio de una acción hipotecaria que se funda en un elemento obligacional principal, el crédito, lo que exige un título hábil para proceder ejecutivamente, y en un elemento real accesorio, la hipoteca, que exige un asiento de inscripción y que posibilita la especialidad del proceso ejecutivo.

Tras lo expuesto y a los fines del presente artículo, nos interesa poner de manifiesto dos cualidades inherentes al elemento real accesorio: la autonomía y la vigencia registrales. Autonomía registral, porque el contenido actuable del derecho del acreedor ejecutante a través de los procedimientos de ejecución hipotecaria viene delimitado por el propio del asiento registral (art. 130 LH). Diríamos que lo que ejercita el acreedor es una acción que, gestada en un título ejecutivo, nace de un derecho inscrito y en él se confina. Vigencia registral, porque el derecho que se acciona, lo ha de ser, por quien está legitimado para ello, y lo está quien aparece como su titular registral vigente, es decir, con una titularidad oponible a terceros. Y estas dos notas expuestas nos conducen al presupuesto de la acción hipotecaria, el de la «legitimación registral». Dado que sin la inscripción de la titularidad por parte del acreedor-cesionario ejecutante no hay legitimación registral del mismo, y dado que esta, a su vez, es presupuesto de la acción hipotecaria, no debería darse tal acción sin previa inscripción. Y a mayor abundamiento parece que el artículo 41 de LH, que parte de concepción análoga en relación a acciones que nacen de los derechos inscritos, corrobora lo argumentado, porque las acciones que el precepto alumbraba están basadas en la legitimación registral, lo que significa que se integran objetivamente, por el contenido actuable definido en el correspondiente asiento y, subjetivamente, por

una adquisición de titularidad legalmente presumible (art. 18 y 38 LH), oponible (art. 32 LH) y, vigente; así dice el precepto, *«estas acciones ... exigirán siempre que por certificación del registrador se acredite la vigencia, sin contradicción alguna, del asiento correspondiente»*.

En suma, de todo lo expuesto hasta ahora se desprende que la exigencia de previa inscripción registral es ineludible para incoar y seguir tanto el procedimiento ejecutivo judicial hipotecario como el extrajudicial hipotecario notarial. Por lo que hace al primero de ellos, el artículo 688.1 de la LEC dispone que *«cuando la ejecución se siga sobre bienes hipotecados, se reclamará del registrador certificación ... en la que se exprese, asimismo, que la hipoteca en favor del ejecutante se halla subsistente...»*. Y por lo que respecta al segundo, siendo su naturaleza la misma que la del procedimiento anterior la conclusión no puede ser diversa. El artículo 236.b).1 del RH dispone que: *«El notario... solicitará del Registro de la Propiedad certificación comprensiva de los siguientes extremos: ...2.º Inserción literal de la inscripción de la hipoteca en los términos en que esté vigente...»*.

Considérese además, que estar a lo expuesto tiene efectos civiles, tanto para el órgano ejecutante como para el deudor. Para el órgano ejecutante al efecto de evitar incurrir en la responsabilidad desprendida de haber resultado del procedimiento un pago no liberatorio para el deudor, el efectuado en favor de quien ni era el titular registral vigente al tiempo de la ejecución, ni el que a posteriori resultó verdadero acreedor civil en dicho momento, circunstancia que podría derivar de vicios, nulidades o ineffectas en los negocios de cesión de crédito hipotecario invocados y aportados al órgano ejecutante por el acreedor accionante no inscrito y de los cuales resultare su pretendida titularidad. Para el deudor, por el riesgo de haber soportado la ejecución hipotecaria y continuar obligado por la integridad de la deuda, sin perjuicio de las acciones de que pudiere hallarse asistido nacidas de un pago indebido o de una contingente responsabilidad del órgano ejecutante. Desde esta inteligencia de las cosas, la transparencia en materia de créditos hipotecarios —preconizada por la Ley 41/2007— facilita al titular inscrito el ejercicio de la acción hipotecaria gestada en el título ejecutivo y nacida del efecto legitimador del asiento registral, y en contrapartida libera al deudor ejecutado de cualquier responsabilidad tanto por las vicisitudes que pudieran afectar a los negocios jurídicos de transmisión o cesión del crédito en favor del titular registral que ejecuta, como por los negocios de cesión que éste hubiere efectuado en cualquier forma, incluso pública, y que no hubieren accedido al Registro. De esta suerte, la notificación de la cesión crediticia efectuada en debida forma, sería un acto jurídico que impediría al deudor un pago voluntario y liberatorio al cedente que apareciese como acreedor titular registral vigente, a la par que le permitiría un pago voluntario y liberatorio al cesionario indicado en la notificación pero no inscrito, aunque dada la incidencia de la buena fe en relación con los efectos del pago, tal vez solo si

la notificación de que hablamos se hizo «en la debida forma». Ahora bien, en el restringido ámbito de un procedimiento hipotecario, dadas las severísimas o totales restricciones de actuación que, según el caso, afectan a la deudora, no parece que cupiera prescindir en modo alguno del cumplimiento del requisito, por otra parte legalmente prescrito, de la inscripción de la titularidad de la acreedora ejecutante a los efectos antedichos de asegurar un pago liberatorio.

Y lo expuesto se corrobora y es del todo concorde con la regulación de la cesión de créditos endosables o al portador garantizados con hipoteca y regulada en el artículo 150 de la LH. En dicho precepto se declara que *«el derecho hipotecario se entenderá transferido, con la obligación o con el título, sin necesidad de dar de ello conocimiento al deudor ni de hacerse constar la transferencia en el Registro»*, lo que se fundamenta en que el acreedor legítimo para recibir el pago liberatorio, lo es únicamente el tenedor legítimo de los títulos garantizados, ya el endosatario, ya el portador, porque en ellos el derecho obra incorporado inescindiblemente a los documentos, y la extinción de la deuda por ellos representada a su rescate. Y como en este caso el deudor está suficientemente protegido por la naturaleza del crédito cartulario, en el que la recuperación de los títulos lo pondrá a cubierto de las vicisitudes de los negocios de cesión, es por lo que la ley le exime de la necesidad de inscribir la titularidad del crédito hipotecario en el Registro.

Antes de terminar esta exposición debemos añadir una consideración adicional referida a las entidades financieras: éstas, en sus minutas preredactadas con carácter general, imponen a los deudores la renuncia a ser notificados de la cesión del crédito, conforme lo permite el artículo 242 del RH, y siendo esto así resulta que, de ordinario, el deudor para no verse perjudicado y obrar con garantías, debe atenerse en cuanto al pago a los pronunciamientos vigentes del Registro de la Propiedad, pues legalmente puede acogerse a ellos, y aún más, le convendrá hacerlo para proteger sus intereses, teniendo en cuenta que los pronunciamientos registrales omitidos, de ordinario por inactuación de la cesionaria, no le son oponibles (art. 32 LH), circunstancia que deberá inexcusablemente tener presente el órgano ejecutante para evitar perjuicios y responsabilidades exigiendo la inscripción del derecho del acreedor-cesionario ejecutante. Y todo ello sin perjuicio, por supuesto, de que: *«Si en los casos en que deba hacerse, se omite dar conocimiento al deudor de la cesión del crédito hipotecario, será el cedente responsable de los perjuicios que pueda sufrir el cesionario por consecuencia de esta falta»* (art. 151 LH).

En este contexto legal expuesto, cuyo análisis e interpretación sometemos sin ambages a cualquier otro mejor fundado en Derecho, es en el que, a nuestro juicio, desarrolla todo su sentido el auto que se refiere a continuación, del cual el presente artículo es tributario.

REFERENCIA AL AUTO NÚMERO 133/2012 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CASTELLÓN, SECCIÓN TERCERA

El referido auto entra a resolver la cuestión controvertida que la Audiencia enuncia así al principio del Fundamento de Derecho tercero: «TERCERO. El núcleo de la divergencia de la recurrente con la resolución dictada en el primer grado de la jurisdicción radica en que, según la promotora de la ejecución, no es necesario para la continuación del proceso ni, por lo tanto, para su incoación, la inscripción en el Registro de la Propiedad de la cesión a su favor del crédito y de la garantía real constituida en su día».

Pues bien, centrada así la cuestión, la Audiencia resuelve desestimar el recurso de la entidad financiera, entre otros con los siguientes argumentos, que nos permitimos extraer, sin perjuicio de recomendar la lectura directa del Auto:

Primero: Porque la falta de inscripción de la cesión del crédito constituye *«un obstáculo de tal naturaleza»* que podría hacerse valer por el ejecutado en el ámbito de la regulación general del proceso de ejecución de título no judicial (art. 559 LEC), pero en el ámbito de la ejecución sobre bienes hipotecados no hay tal oportunidad, pues no está previsto entre las causas de oposición; lo que no impide que se trate de *«un defecto esencial, que en su día pudo evitar el inicio del proceso»* por lo que el órgano judicial, *«advertida la deficiencia, ha de obrar en consecuencia y adoptar un acuerdo cuyo efecto sea similar al de inadmisión que debió dictar en su día»*; para lo cual el momento en que se ha procedido para la terminación del proceso *«no es inoportuno, puesto que se ha tomado la decisión tras verificar que en la certificación registral expedida en cumplimiento de la previsión del artículo 688 LEC no figura la promotora del proceso como titular del derecho de garantía real que pretende realizar»*.

Segundo: Porque el trámite de la solicitud y obtención de la certificación registral para su aportación al procedimiento *«no tiene otro sentido que la comprobación de la vigencia del derecho en que se funda la ejecución»*.

Tercero: Porque *«...el carácter sumario, y con limitadas causas de oposición del procedimiento de ejecución de título no judicial, debe comportar un control estricto de los títulos que pueden dar lugar a la misma...»*, y porque es doctrina jurisprudencial que el rigor formal del procedimiento de ejecución hipotecaria, por la extraordinaria limitación de la cognición procesal que comporta, *«...exige en contrapartida una escrupulosa observancia de los requisitos formales legalmente establecidos...»*.

Y cuarto: Con un trasfondo de defensa del deudor, el auto entiende que en el procedimiento hipotecario, dada su especialísima naturaleza, *«el título en que se basa la ejecución hipotecaria (art. 685) y la inscripción registral acreditada mediante la certificación (art. 688) han de ser suficientes por sí mismos para la incoación y el posterior progreso del procedimiento»*.

UNA REFERENCIA A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA EUROPEO DE 14-6-2012

Una última reflexión: antes de finalizar el presente artículo debemos regresar a una consideración que más arriba dejamos pendiente con relación a una consecuencia de disociar legalidad e inscripción registral. La quiebra de tal vinculación aumenta exponencialmente la importancia del «*control estricto de los títulos*» que pueden dar lugar a la ejecución. Porque, desde luego, resulta vital para el buen fin de la ejecución poner en claro que sólo y exclusivamente las cláusulas de contenido real, aquellas que han sido objeto de calificación, aquellas que están amparadas por la presunción de legalidad, sólo esas y no otras son las que están bajo la salvaguardia de los Tribunales. Y no se trata tanto de que antes el contenido protegido del asiento fuera más amplio, pues los pronunciamientos del Registro y su eficacia están contraídos a los fines de la institución registral, como de que ahora se abran las puertas de los asientos registrales, diríamos, casi de par en par, a cláusulas de contenido carente de trascendencia real, sin excluir *de facto* las abusivas nulas redactadas e impuestas a los deudores por las entidades financieras en su propio y exclusivo beneficio. Y no parece, ni razonable ni legal, que la ejecución pueda o deba descansar en las mismas. Mas bien parece que el control de oficio por el órgano ejecutante, control estricto, debe cerrarles el paso a la vida jurídica. Así lo ha entendido y lo sigue entendiendo el Tribunal de Justicia Europeo en la sentencia de 14-6-2012, dictada en interpretación y aplicación, entre otras, de la Directiva 93/13/CEE, y a propósito del juicio monitorio regulado en la LEC, pronunciándose afirmativamente sobre la competencia del órgano jurisdiccional nacional al efecto de proceder de oficio en el enjuiciamiento y privación de virtualidad a las cláusulas abusivas, lo que sin duda, y sin necesidad de tal jurisprudencia, también resulta aplicable a las nulas de pleno derecho de los títulos ejecutivos que contravienen normas imperativas o prohibitivas.

En este sentido la sentencia citada se pronuncia así: «...la Directiva 93/13/CEE... prevé que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor... el Tribunal de Justicia ha declarado que el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional (lo que)... incluye asimismo la obligación de examinar de oficio esta cuestión tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello... —y prosigue la sentencia con relación al monitorio— ...bastaría con que los profesionales presentaran la demanda en un proceso monitorio en lugar de hacerlo en el juicio civil ordinario para privar a los consumidores de la protección que pretende garantizar la Directiva 93/13, lo que resulta asimismo contrario a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia según la cual, las características específicas de los procedimientos ju-

diciales que se ventilan entre los profesionales y los consumidores, en el marco del Derecho nacional, no pueden constituir un elemento que pueda afectar a la protección jurídica de la que estos últimos deben disfrutar en virtud de las disposiciones de la Directiva 93/13. En tales condiciones procede declarar que la normativa española controvertida en el litigio principal no resulta conforme con el principio de efectividad...».

El fundamento jurídico remarcado en redonda *reviste mucha trascendencia en relación a los procedimientos judicial y extrajudicial hipotecarios*, porque en nuestros artículos más arriba citados, a los que nos remitimos, pusimos de manifiesto y demostramos, a nuestro juicio, que la situación de los consumidores (entiéndase prestatarios, acreditados, o garantes, y sin perjuicio de otros afectados como acreedores posteriores de aquellos o terceros poseedores) en relación con los profesionales (entiéndase entidades financieras), es de una protección jurídica extraordinariamente inferior en el procedimiento extrajudicial que en el correlativo judicial hipotecario.

COROLARIO

A los fines del presente artículo podemos concluir de todo lo expuesto que, en aras de la necesaria seguridad jurídica civil, resulta imprescindible la previa inscripción de la titularidad hipotecaria en favor de la acreedora ejecutante, exigencia que procesalmente se proyectará tanto al tiempo de incoar el procedimiento de ejecución hipotecaria como posteriormente durante su desarrollo, debiendo en todo caso resultar practicada, cuando menos, al tiempo de la aportación de la certificación registral al procedimiento en tramitación, la requerida en los respectivos artículos 688 de la LEC, para el judicial, y 236-C del RH, para el extrajudicial. Esta inscripción de titularidad será la que proporcione al órgano ejecutante la certeza imprescindible que precisa para sí, en tanto que órgano sujeto a responsabilidad y, para el deudor, al objeto de dejarlo al resguardo de cuestiones civiles ajenas a los pronunciamientos registrales, de que el receptor del pago resultante de la ejecución fue quien legalmente debía serlo.

RESUMEN

HIPOTECA EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL

Los autores defienden que el procedimiento de ejecución hipotecaria ante notario no se ajusta a la Constitución ni a las Directivas de la Unión Europea

ABSTRAC

MORTGAGE FORECLOSURE PROCEEDING

The authors argue foreclosure proceedings that the before a notary does not conform to the Constitution and to the European Union Directives, are un-

sobre cláusulas abusivas y es contrario al sistema de seguridad jurídica preventiva al reducir el control de legalidad y la calificación del registrador. Por otra parte defienden que en caso de cesión del crédito hipotecario, la ejecución solo pueda instarse por parte del cesionario del crédito que tenga inscrito su derecho de hipoteca, de manera que sin inscribir la cesión no pueda expedirse certificación de cargas.

fair and contrary to preventive legal security system, so they reduce the power of review by the land registrar. On the other hand argue that in case of assignment of mortgage credit, the execution can only encouraged by the assignee of having registered their right mortgage, so that the transfer unregistered certification can not be issued.

(Trabajo recibido el 21-3-2013 y aceptado para su publicación el 29-5-2013)